

争議行為の法的評価と刑事免責の論理

——長崎相互銀行事件、官公労諸事件判決についての一観点——

佐藤 昭夫

一 はしがき

二 違法性阻却論と検察官の論理

——長崎相互銀行事件——

一 第一審、第二審判決の論理

二 検察官の論理との対比

三 争議行為と処罰法規

——公務員法違反事件——

四 争議行為と禁止法規

——公務法違反行為の刑事責任——

五 結 論

一 は し が き

争議行為にたいする刑事免責の構成の問題（違法性阻却か、あるいはいわゆる構成要件該当性阻却か）に関して、重要なのは、その構成にもられる争議行為の法的評価である。特定の構成（たとえば違法性阻却）が、特定の評価態度（たと

争議行為の法的評価と刑事免責の論理

えば争議行為は原則として違法であり例外的にのみ正当となる」と、必然的に結びつくわけではない。しかし、その論理構成が、論理的必然外の思考の慣性ないし意識面とのからみあいにおいて、法的評価にある種の影響をおよぼす場合もある。

わたくしは、さきに右のような考えと、そこに生ずるいくつかの問題について、本誌にのべる機会をえた^(一)。ところがその後、副題にかかげた諸事件判決などを読み、前稿論旨の検証をえたと思われる部分や、関連して考えておきたい問題のあることを感ずる。本稿は、これらの判決を機縁とする補論ないし雑録のノートである。

(一) 『争議行為の正当性と『社会的相当性』の觀念』(早稲田法学三五・一・二)。なお、拙著ピケット権の研究、一八八頁以下。

二 違法性阻却論と検察官の論理

——長崎相銀事件——

一 第一審・第二審判決の論理

長崎相互銀行事件の第一審^(福岡地裁36・7・14判、労働四三六)、第二審^(福岡高裁37・4・11判、労働四六六)は、逮捕被告事件について、いずれも無罪の結論をだしている。その論理構成はちがうが、被告人らの行為にたいする法的評価をおなじくする適例である。

すなわち、事実関係としては、要するに被告人ら三名が、裏切行為をしている疑いある組合員の腕や肩をとらえ、自動車で旅館に連行したことが認定されている。そして、腕や肩をとらえた点につき、第一審判決は、「右認定によれば被告人等の所為は、猪又陸浩の身体に対し有形力を行行使して直接拘束を加え数分間その行動の自由を奪つたも

の」であり、「これは刑法第二二〇条第一項所定の逮捕罪の構成要件に該当する」。しかしながら、その行為がどのような事情の下に行なわれたかをみれば、「要するに本件は闘争中の組合内部における統制違反者に対し事情聴取と説得のために召喚が決定され、その召喚の伝達に関連して惹起されたものであり、被告人等は右決定の実行を企図したのみであり、この機を失しては他に適当な機会なしと性急にことに処したが他意があつたわけではない。本件行為の態容も猪又の両腕を掴み数分間同人をしてその束縛から開放されるべくもがくに至らしめたに過ぎず、その間数回に亘り静かに話合おうと申向い同人の承諾を得、他に何等の暴行脅迫も行なわれていないなど諸般の事情を考慮すれば本件所為は社会観念上公序良俗に反したものというを得ず、実質的違法性を欠くべきものと解するのが相当である」。そこで無罪としたわけである。

検察官は、これを不服として控訴した。しかし第二審判決は、事実誤認の主張をしりぞけたのち、法律の解釈適用の誤りの主張についても、「原判決には所論のいうような事案の価値評価を誤つたとする違法ありとは思われない」とした。すなわち、第一審とほぼおなじく諸般の事情を検討して、「かかる情況の下に行われた被告人等の本件行為は、いまだ以つて違法に人を逮捕したものというに足りず」とし、「これと結局同趣旨に出でて被告人等に対し無罪の言渡をした原判決は相当」だという理由で、その控訴を棄却したのである。

このようにして、第一審と第二審の判決の論理構成には、一定のちがひがある。第一審は、まず行為の外形を抽象的にみて逮捕罪の構成要件に該当するとし、ついで具体的に、その行為が争議中における團結活動であるという実質を評価することによつて、その正当性 \parallel 違法性阻却をみとめた。ところが第二審は、構成要件を、行為の社会的性格

を捨象したものとみず、犯罪類型としての価値的要素をふくんだものと考えたようである。そのため、第一審のように行爲の外形だけをみて逮捕罪の構成要件に該当するとはせず、被告人らの行爲につき、最初から諸般の情況を考慮した、団結活動としての性格にもとづく価値評価をふくめて、「違法に人を逮捕したものというに足りず」としたのだと思われる。

要するに、一、二審でそれぞれ概念や論理の構成はちがつているが、行爲の正当性にたいする価値判断はちがつていなかった。それだから兩判決とも無罪の結論をだし、それぞれの論理でそれを理由づけたのである。この場合その論理構成は、いずれも、本件行爲を犯罪としないという法的価値判断をみちびく技術的通路になつてゐる。

二 檢察官の論理との対比

この第二審判決にたいして、檢察官は上告した。その上告趣意第一点は、原判決に判例違反があり、「延いて行爲の違法性の判断を誤つた」として、つぎのようにその主張を展開する（上告趣意は他に二点にわたる主張をにかけているが、本稿の目的と直接関連がないので省略）。すなわち、原判決は、「被告人等の行爲は逮捕罪の構成要件には該当するが、實質的違法性を欠くものとしておるものと認められる」。そして、「刑法は違法性阻却事由として第三十五条乃至第三十七条のような規定を設けているが、違法性を實質的に理解するにあつては実定法規の要件を十分考慮に入れて、これと均衡、調和を保つべきものでなくてはならない。」蓋し刑法は急迫不正の侵害又は生命、身体、自由等に対する現在の危難の存する場合においてさえ、これに対する防衛又は避難行爲が正当防衛又は緊急避難行爲として違法性が阻却されるためには、その行爲が、やむことを得ざるに出でたるものである等厳密な要件を定めているのであるか

ら、いやしくも実質的違法性なしとするには、その要件は正当防衛又は緊急避難に比し一層嚴格に解すべきは当然である。

ところが、本件においては、1、「合理的に考えて有形力を行使してまで瞬時を争わなければならない緊急やむを得ない具体的事情」（緊急性を含めた情況上の相当性）、2、「本件の如き行為によらなければ他に方法がなかった」、すなわち「やむことを得ざるに出でたるもの」であること（補充性）、3、「社会通念上容認される程輕微なもの」であること（手段方法自体の相当性）がみとめられない。「要するに被告人等の本件行為は右1、2、及び3、に述べたとおり、違法性阻却事由ありと判断すべき重要な要件をいずれも欠如して」いるというのである。

こうして上告趣意は、最初「刑法第三十五条乃至第三十七条」をひきあいになしながら、違法性阻却の要件を考える具体的考慮においては、三十五条の場合を脱落させている。つまり、この上告趣意は、争議行為であつても、それが外見的に刑罰規定の文言（構成要件）に該当する以上は、通常の事態においては違法だという考えに立つ。そして、その行為が右の、1、緊急性を含めた情況上の相当性、2、補充性、3、手段方法自体の相当性、その他の嚴格な要件をそなえた場合だけ、緊急状態におけるやむを得ぬ例外として違法性が阻却されるのだ、という論理である。

この点、なるほど通常の市民間の関係においては、外見的・抽象的に構成要件に該当する行為はだいたい違法であり、その違法性阻却がみとめられるのは、たとえば正当防衛・緊急避難のような、主として緊急状態における場合であらう。だが、もともと争議行為は、争議行為としての性格を無視し、抽象的に行為の外形だけをみるならば、犯罪構成要件に該当する方がむしろ通常である。だから、こうした争議行為についていえば、上告趣意の論理は、争議行

為を原則として違法とする、ということになる。

しかし今日では、すでに団結権・団体行動権の憲法的保障が、従来の個人的自由の法理を修正している。そのもとにおいて、団体行動が原則として違法であり、緊急時における例外としてだけ正当となるなど、どうして考えられるだろうか。もしもあえて「緊急性」の概念を用いようとするなら、労働関係そのものが、従来の市民法理によつて律しないという意味で一般に緊急状態にあるのだ、とでも考えねばならないだろう。それにもかかわらず、上告趣意は、違法性阻却における正当防衛などの場合の慣性^{II}従来の厳格な緊急性の要件を争議行為の判断にまでもちこみ、その正当性を例外的なものにだけしぼろうとしたわけである。もしそれが善意の無知からであるとしても、結果的には、恐るべき憲法の軽視による労働運動の弾圧だといわねばならない。

だがいづれにせよ、この論理は、こうした労働事件を担当する多くの検察官の、偽わらない内心の意識であらう。そして、この上告趣意は、その心底を正直にのぞかせ、その意識と論理構成との関連を明証したという意味で、特筆に価する。

これと対比してみると、前述のように第一審判決は、論理の形式としてはおなじく違法性阻却論をとる。しかしその実質的規準としては、本件行為が闘争中の組合内部における事情聴取と説得のための召喚に関連して生じたものであり、他に暴行脅迫も行なわれていないことなどから正当だ、と考えている。検察官のように、緊急状態における例外的場合だけ、争議行為の違法性が阻却されるとするのではない。

こうして、その差異の根拠は、違法性を阻却されるか構成要件該当性を欠くかという論理の形式にあるのではなく

て、どのような争議行為が正当であり犯罪にならないか、の實質的判断にある。そして、労働基本権保障のもとでは、もしも違法性阻却論をとるならば、第一審判決の方向において、団結活動、団体行動は、構成要件に該当しても原則として、違法性を阻却されるのだ、と考へねばならないのは明らかであろう。学説において、第二審のとつたいわゆる構成要件該当性阻却論のできた主要な理由は、前稿で指摘したように、実は違法性阻却論が、思考の慣性を利用して、その實質まで、檢察官的論理にねじまげられやすいことを恐れたからである。だから、もしも第一審のような實質的規準に立つならば、論理の形式として違法性阻却をとつたとしても、大差はない。こうして、第二審判決も、「これ——第二審自身の判断のこと」と結局同趣旨に出でて被告人等に対し無罪の言渡をした原判決は相当」だとしていたのである。

本件の上告は、最高裁第三小法廷全員一致の判決(勞旬五・三・一〇)により、棄却された。上告趣意引用の判例は事案が異なるとしてしりぞけられ、「また記録を調べても、刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない」とされた。最高裁も、無罪の原判決には、判決の結果に影響をおよぼすような法令解釈の誤りのないことを、否定できなかったわけである。団結活動が、緊急状態において例外的にだけ違法性を阻却することを正面から主張する檢察官的論理は、あまりに露骨にすぎ、第三小法廷のとるところとならなかったということであろうか。

(二) 本件について、諫山博『闘つて勝つた守る会』に結集した労働者の力——長崎相銀事件の最高裁判決について——・拙稿「長崎相銀事件無罪判決の法的評価をめぐって」(労働法律旬報五二二号)参照。

三 争議行為と処罰法規

——公務員法違反事件——

一 争議行為処罰法規における構成要件該当性

さて、争議行為の法的評価とその論理構成に関する以上の論旨は、争議権保障のもとにおける一般の争議行為を予想しての立論であつた。だが、争議行為にたいする処罰規定のある場合については、ほかに若干考慮すべき点があると思われる。すなわち、都教組事件^(東京地裁37・4・18判、労働四五四)、佐賀教組事件^(佐賀地裁37・8・27判、労働四六七)、全農林事件^(東京地裁38・4・19判、労働四九二)、大阪教組事件^(大阪地裁39・3・30判、労働五二八)などの無罪判決をみると、一般事件の判例は多く違法性阻却の構成をとっているのにもかかわらず、この種公務員法違反事件においては、構成要件該当性を否定する例が多い。そしてそこに、構成要件論と違法論とのからみあい、その基本にある争議行為の法的評価、法規の違憲性の判断の仕方などにつき、興味ある実例がしめされている。つぎに、この問題を検討しよう。

国家公務員法一一〇条一項一七号、および地方公務員法六一条四号は、公務員の争議行為の遂行を「共謀し、そのかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた者」にたいして、三年以下の懲役又は十万円以下の罰金を規定する。規定の文言からみるかぎり、争議行為の共謀など（したがって、事実上争議行為そのもの）を、すべて直接処罰の対象として規定しているわけである。

ところで、前述の構成要件該当性—違法性の判断の仕方からんで、争議行為にたいするこの種規定の適用を問題

とする場合には、一般の刑罰規定（争議行為を直接の処罰対象として規定しないもの。事業法をふくむ意で用いる）の適用の場合とは、つぎのような差異が生ずるであろう。すなわち、一般の規定の適用が問題となる場合には、外見的に構成要件に該当するような行為でも、犯罪にならないのが原則のほうである（争議行為は原則として正当との立場に立つ）。そしてそれは、つぎのいずれかの論理構成による。(1) 行為の外形から構成要件該当性を肯定し、しかし争議行為であることを違法阻却事由として無罪の結論に達するか（違法性阻却論）、あるいは、(2) 通常の事情のもとにおける正当性の判断を先行させ、とくに争議行為を違法とするような、いわば適法阻却事由がないかぎり、構成要件該当性を否定する（構成要件該当性阻却論）。

ところが、争議行為処罰規定の場合には、その行為が外見的に構成要件に該当するならば、原則として犯罪になるはずである。なぜなら、(1) 違法性阻却論によれば、規定の文言にしたがい、行為の外形から構成要件該当性が肯定される。そして、さらに違法性判断の段階においても、争議行為であることは、この場合まさに処罰の原因なのであって、違法阻却事由になるとは考えられない。(2) また構成要件該当性阻却論によつても、争議行為処罰規定の存在は、まさにその行為の適法阻却事由となるはずである。したがつて、外見的にその構成要件に該当するかぎり、争議行為は違法であり、構成要件該当性は阻却されないことになるからである。こうして、いずれにせよその構成要件該当性は、規定の文言と争議行為の外形によつて決定され、そしてその構成要件該当性は、行為の違法性を推定させるはずだといつてよい。ただし、これには、その争議行為処罰法規が合憲であることが、当然の前提となる。

ところが、都教組事件、佐賀教組事件、全農林事件などの判決は、この種規定の構成要件を、文言の抽象的・一般

的に記述するものとしてはみていない。たとえば、争議行為の遂行を「共謀し」、「そのかし」、「あおり」又は「これらの行為を企てた」という規定の意義を、その文言のもつ一般的定義から決定するのではなく、憲法一八条および三一条の趣旨にもとづく争議行為実行者の不可罰という点から考えて、「そこに規定されている各種行為の態容が強度の違法性を帯びることにより、その手段自体から可罰的評価を可能とする程度のものに限ると解するのが相当」だとする。つまり、それらの行為類型の実質的違法性を検討することによつて、これを「争議行為に直接利害関係を有しない第三者が争議行為に容喙してその遂行を謀議し、煽動し又はこれらの行為を企てた場合、たとえ公務員であつてもその団体の行為とは全く無関係な立場において争議行為の遂行を謀議し又はこれらの行為を企てた場合、公務員がその団体の意思に従つたものであつても、謀議、煽動の手段が争議行為に際して通常行われる方法を逸脱し、特に激越なものである場合」(全農林事件、都教組事件)などに限定して、適用しようとするのである。

これは、前述の争議行為処罰規定の構成要件該当性の判断の仕方からいえば、おかしいことである。しかしこのことは、つぎのような事情による。すなわち、そこに規定されている行為(争議行為あるいはそれに随伴する行為)は、一般的には基本権行使のほずである。そして、基本権にたいする制約は、憲法にもとづく合理的な根拠がないかぎり、違憲となる。したがつて、その処罰規定の適用のためには、たんにその文言が言語的にもつ意味内容を決定するだけではなく、それがはたして合憲的に禁止・処罰しうる「争議行為」であるか、あるいはその遂行を「あおり」ことであるか、等々が吟味されなければならない。そこで、もしこのような行為類型を構成要件と考えるならば、その内容は、処罰規定の文言が客観的に記述するものとしてみるだけではなく、さらに憲法との関連において、実質的違法性

の存否をあわせ考えなければ、決定できないことになるわけである。

もつとも、この点は違法要素とみて、構成要件は抽象的な規定の文言によつて決定し、それにしたがつて構成要件該当性を判断するという立場もありうるだろう。しかし、その場合には、処罰規定のいかんによつては、まさに争議行為を対象とした構成要件に該当する行為が、争議行為（争議権の行使）であるという理由で、犯罪の成立を否定される可能性も生じてくる。そこで、刑事免責について一般の場合には違法性阻却論にかたむいている判例も、こうした若干奇妙な結果（それは後述のように処罰規定の違憲性の判断の仕方とからんで出てくるのであるが）をさけるため、この場合はそれを違法要素として違法性判断の段階で問題にするのではなく、構成要件にいれる考え方をとりやすいのだと思われる。

二 争議行為処罰法規と違憲性の判断

前述のように国公法、地公法は、文言的には一律全面的に争議行為の禁止・処罰を規定する。しかし、憲法に強制労働の禁止、争議権保障の規定などがあるかぎり、基本権をささえる運動の進展ともに、かなりの裁判所が、処罰規定の範囲どおりの適用に抵抗をしめてきても、ふしぎではない。その場合、まず憲法にもとづいて奪うことのできない争議行為の正当性の範囲を確定し、すくなくともその範囲においては、処罰規定の通用を否定するということになるだろう。そしてその範囲においては、実は処罰法規の一律的规定にもかかわらず、法ははじめからそれを犯罪類型として予定しえないはずだといわなければならない。このような関係において、判例はこれを構成要件の問題としてあつかつた。都教組事件以下の判決は、文言の一般的定義からするかぎり構成要件に該当するはずの行為について、

その該当性を否定し、無罪としているのである。

しかしながら、争議行為を対象とする処罰法規が、その文言の一般的定義によらず、これを限定して構成要件を考えねばならぬということ自体、実はその法規の違憲性を立証するものだと思う。なぜなら、一般の刑罰法規の場合には、犯罪となる行為類型を社会生活一般における行為として抽象的にとらえている。たとえば、抽象的に考えられた威力業務妨害一般である。争議行為による業務妨害をそれとしてとらえ、犯罪としているわけではない。そこで、その規定の争議行為にたいする適用の有無が問題とされる場合には、争議行為というその行為の性格にもとずいて、例外的に違法性ないし構成要件該当性の阻却をみとめうることになる（念のためつけ加えるが、社会生活一般とくらべて争議行為全体が特殊Ⅱ例外だということであり、争議行為のなかで例外的なものだけが適法とされるということではない）。ところが、争議行為処罰法規は、行為をまさに争議行為としての性格においてとらえ、これを犯罪とするものである。したがって、この場合、争議行為であるということは、犯罪の成立を阻却する理由とはなりえない。前述のように、その構成要件該当性は、規定の文言にしたがい外見的に決定され、そして該当性ある場合には、あらためて違法性を問うまでもなく、原則として（正当防衛など例外的場合はのぞく）犯罪を成立させるべきはずであろう。だから、それにもかかわらず、規定の適用のために文言の一般的定義を限定しなければならぬということは、その規定が、実は憲法上犯罪とできないものを犯罪化している、違憲の規定だということなのである。

もとより、この点に関しては、解釈者は立法者より賢明でなければならぬし、法律の「規定の内容も憲法の趣旨に適合するようにこれを解釈しなければならないことは言うまでもない」^(二)という提言も、法秩序が憲法を頂点とするも

のである以上、ある意味ではたしかにもつともだといえよう。しかしそれは、より一般的にいえば、法規の内容や効力（違憲性の有無を含む）を判断するにあつて、たんに規定の文言やその法律だけの考察からではなく、憲法の価値体系にもとづいてこれをしなければならないことの要請である。そのことをはなれ、すくなくとも本件のように基本権を制約する政策的処罰法規の場合、その文面や政策からは到底考えられぬ解釈をあたえることにより、規定自体の違憲性を否定すべき合理的根拠は存在しないと思う。

解釈技術を駆使して法の適用範囲を縮減することにより違憲宣言を避けるという態度は、立法者は違憲の法律を制定するはずがない、という立法者の合理的意思の推定に、その基礎をおくのかも知れない^(二)。しかしそれは、擬制にすぎないだけでなく、法規自体の存在から生ずる害悪がまさに問題である。たとえばアメリカでも、古くから「立法部の知恵、誠実および愛国心に当然はらわれるべき上品な敬意」^(三)として、法律の「合憲性の推定」(presumption of constitutionality)といふことがいわれている。しかしそれは、一九三一年にブランダイス判事が O'Gorman & Young v. Hartford Fire Ins. Co., 382 U. S. 251, 75 L. Ed. 324, 328 であたえた意味づけによれば、法律の違憲性を主張する側に、その法律の非合理的であることをしめす事実を挙証する責任がある、ということにすぎない^(四)。しかもそれは、適法手続条項事件 (due process case) に関する原則である。問題の法律がその文面において、修正憲法第一条ないし第一条、第一四条による特定の禁止事項の範囲内にある場合には、その原則の作用は限局される^(五)。これらの条項の保障する諸権利の制限立法については、逆にその違憲性が推定されているのである^(六)。

なるほど、反対論をささえる代表的事例として、こうした制限立法についても、有名な「明白にして現在の危険」

(clear and present danger) の前提の下に合憲としたホームズ判事の見解 (Schenk v. United States, 249 U. S. 47, 63 L. Ed. 470 以下の一連の判決にみられる^(七)) があげられるかも知れない。しかしながら、もともとこうした法律の解釈が生まれたのは、「ホームズ判事にとってシエンク事件の判決は、若干の譲歩であつたといえるかも知れない。だが戦火の消えて間もない頃、有力な米軍はまだ欧州にあり、戦時の気分の残されていた時期に、若干の妥協は仕方なかつたであろう。彼は妥協を最少の限界で止めた。つまり客観的にみて誰もが、"clear and present danger" と認める場合を除いたら、言論の自由は絶対にまもらねばならないとしたのである^(八)」と評される事情においてであつた。つまりそれは、戦争が冷静な頭脳を混乱させ、感情論が理性に勝つて間諜法を通用させていた時期に、解釈により作りだされたせめてもの抵抗にほかならない。だから、これに反して人權の伸長期においては、たとえば *Hague v. C. I. O.*, 307 U. S. 496, 83 L. Ed. 1423 (1939); *Schneider v. State*, 308 U. S. 147, 84 L. Ed. 155 (1939); *Thornhill v. Alabama*, 310 U. S. 88, 84 L. Ed. 1093 (1940) などのように、集会、ピラ類の配布やピケットの制約を規定した条文自体が違憲無効とされている^(九)。適用にあたつて解釈でいかに限定されようとも、法律の存在自体が権利行使に悪影響をあたえるからである^(一〇)。いいかえれば、法律の作用は、裁判所によるその適用の結果として生ずるものだけではない。そして、文言からは無理な構成要件の限定は、権力による法の強行の違憲的効果を裁判所において拒否しようとする態度ではあるが、法律自体の違憲性判断の正道ではない。このような意味において、

「もとより当裁判所も、法律はなるべく合憲であるように解釈すべき原則を無視しているわけではなく、最近一審裁判所のいくつかの裁判例で、地公法六一条四号及びこれと同旨の国家公務員法一一〇条一項一七号について、

これを合憲とするために各裁判所が貴重な努力を重ねて来たことを尊重しないわけではない。……しかしながら、これらの見解は、地公法六一条四号及び国家公務員法一一〇条一項一七号の規定の構成要件の内容を適正ならしめるために努力した結果、その内容を複雑かつ漠然たらしめて、憲法三一条の要請の一つである構成要件の明確性に背反し、結局憲法三一条に忠実であろうとして却つてそれに背馳するに至つたとの譏りをまぬかれることができない」

として、規定自体を違憲とした大阪地裁の判決は、まことに至言だと思われる。

なお、佐賀教組事件は、行為の違法性Ⅱ反公共の福祉性の評価によつて、「争議行為」の意義を限定する。「地方公務員法第三十七条が地方公務員の争議行為を禁止するのは、それが多くの場合『公共の福祉』に反するおそれがあるからであつて、したがつて、同条は具体的に公共の福祉に反するおそれのないことが明らかな争議行為までも、これを禁止する法意ではないと解すべきである。すなわち、公共の福祉に反するおそれのないことが明らかな争議行為は、地方公務員法第三十七条、第六十一条第四号にいわゆる争議行為に該当しないのであり、かく解してはじめて右各法条は憲法第二十八条に適合するのである」と。

この見解も、違法性（Ⅱ反公共の福祉性）の有無によつて構成要件該当性を決定しようとするものである。ただしそれは、都教組事件などと異なり、構成要件を、行為類型の外形からではなく、その作用によつて限定しようとする。この場合、問題は、地方公務員の争議行為が、「多くの場合『公共の福祉』に反するおそれがある」との断定から、その禁止規定の合憲性を肯定したことにある。^(二)この点についても、

「もとよりある法律が合憲であるとしても、それを具体的事実に適用した場合違憲であるとの判断を受ける場合のあることは否定できないけれども、かかる事例は極めて例外の事態であるべきであつて、争議行為の中に公共の福祉に反する争議と然らざる争議のあることを予定し、各個の訴訟においてそのいずれであるかを判断すべきものとなすが如きは徒に訴訟を煩雜ならしめるばかりでなく、被告人被疑者の地位を甚だ不安定ならしめるものであつて、かかる見解にも賛同できない」

との大阪教組事件の判決は、適切な批判であらう。

- (一) 昭和二三年（れ）第一一四〇号公選投票賄賂授受被告事件（最高裁大法廷24・4・6判、刑集三4四五六）四五九頁。
- (二) 今村成和「法令解釈の方法」（シニリスト臨時増刊・憲法判例百選、二四〇頁参照）。
- (三) Justice Washington, in *Ogden v. Sanders*, 12 Wheat. 213, 6 L. Ed. 606, 621 (1827).
- (四) Frank, *Cases on Constitutional Law*, 1950, p. 673.
- (五) by Justice Stone, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144, 82 L. Ed. 1234, 1241~2 (1938).
- (六) *Tresolini, American Constitutional Law*, 1959, p. 60. ただし「これらの権利に優先的地位をあたえる原則は」現在の最高裁の多数によつては支持されていないという。
- (七) これらの判決について、戒能通孝・市民の自由、二二頁以下参照。とくに *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616, 63 L. Ed. 1173 (1919) に注意。
- (八) 戒能通孝・裁判、一九四頁。
- (九) これらの事件について、拙著前掲、五七頁以下参照。

(一〇) たとえば、ソーンヒル事件において法廷の意見をのべたマーフイー判事は、つぎのようにいう。

「問題の条文はその文面について判断されなければならない。……個々の場合における権力の濫用の証明は、思想の流布を許可にかかわらずしめる法律の合憲性を争うための必要条件とみられたことはない。……諸先例を事実の光に照らしてみるならば、その法律原則は、許可の申請が却下され、もしくはその他の不法な規制をうけたであろうというなんらかの仮定にもとづくものではない。それはむしろ、許可制に固有な害悪の性格にたいする評価に由来している。ジョン・ミルトンがその「無許可印刷の自由のための訴え」で攻撃した許可当局の権限は、たんにそれが特定の評論を非難するという理由によるだけではなく、公共の利害にかかわる問題についての評論を非難するおそれがあるという理由によつて有害である。論議の自由にたいする危険を形ずくるのは、たんに検閲官が時折おこなう権限の濫用ではなく、その権限の存在自体に固有の広汎なおそれである。……申請すれば許可をえたであろう者も、それゆえに、許可をえなかつたため訴追された場合、許可制全体を問題にすることができるのである。……同様のおそれは、ここに問題となつている刑罰法規のような、州が抑制することを許されうる範囲内に存在する特定の害悪に向けられているのではなく、反対に、通常の場合においては言論又は出版の自由の行使となるその他の諸活動をその範囲内に包括する刑罰法規に固有である。かかる法律は、容易に地方訴追官憲により、その好ましからずとする特定の集団にたいして苛酷かつ差別的に実施される傾きがあり、その存在は、合理的にその条項の範囲内にあると考えられるすべての論議の自由にたいして、継続的かつ広汎な制限となる。……かかる法律のもとに逮捕され有罪とされた被告人は、州が彼にたいする告発および提出された証拠のしめす諸行為に適用されるような別個の、かつ特定の法律を作つたとしても違憲なのだ、ということ論証する責任を負うべきではない。……論議の自由の規制に関する場合には、許されうる行為の限界を定め、かつ犯罪にたいして警告するのは法律であり、その法律の下における告発や証拠ではないという法律原則を守るべき特別の理由があるのである」(84 I. Ed. 1099~1100) 云々。

なお、一八〇三年の *Marbury v. Madison* 事件以来、連邦最高裁判所が連邦議会の法律を違憲としたのは約八〇であり、しかし連邦問題を含む州法を違憲としたのはそれよりも大分多いという (*Tresolini, ibid., p. 57.*)。

(一一) 本稿は判例批評を目的とするものではないが、一言だけふれるならば、同判決は、地方公務員の争議行為が、多くの場合「公共の福祉」に反するおそれがあることを立証してはいない。したがってむしろ、「……おそれがあると立法者が考えたからであつて」というべきであつたろう。そしてさらに、論理としては、「おそれ」だけで基本権を制約できるとするのは乱暴である。この判決も、違憲な法の適用を排除しようとする態度は是認しうるが、法律自体の違憲性判断という点において不十分である。

四 争議行為と禁止法規

——公労法違反行為の刑事責任——

上述の公務員法の場合と異なつて、公共企業体等労働関係法は、「同盟罷業、怠業、その他業務の正常な運営を阻害する一切の行為を禁止するが（十七条一項、地方公営企業労働関係法十一条一項もおなじ）、その違反にたいする直接の処罰規定はおいていない。つぎに、この禁止違反行為の刑事責任に関する諸判決について、みておこう。

違反行為に刑事免責規定の適用があるか否かについては、周知のように、裁判所により見解がわかれている。しかし、まずその行為が一般刑罰法規の構成要件に該当するか否かという問題では、免責規定の適用をみとめる裁判所も、争議行為という性格を捨象した外見的判断によつて、これを肯定するのが通常である。この点は、直接の処罰規定の

適用が問題となる公務員法の場合と異なるが、一般に違法性阻却論にかたむく裁判所の態度からみて、べつにはずれるものではない。問題は、その違法性をどうみるかである。

この点につき、一つの代表的立場をしめすのは、全通東京中郵事件第一審判決（東京地裁37・5・30判、労働四五六）である。同判決はいう。「公労法の禁止に違反する争議は、公労法上は違法であること論をまたない。しかし……非刑罰法上違法とされる行為も、その故に直ちに可罰的違法性を帯有すると即断することができないのはもとより、右行為が何等かの犯罪構成要件に形式上該当する場合においても、なお刑事上の違法性を欠くこともあり得ることは何等異とするに足りないのである」と。そして、「争議行為を制限ないし禁止すること、禁止に反して争議行為をした者に対して刑罰を課することは決して同列には論じられないのであつて、前者が合憲であるからといって当然に後者も合憲であるということにはならないのである。労働者の争議権が社会的に承認されるに至つた歴史的過程を見ても、労働争議は先づ刑罰から解放され、次いで民事上の損害賠償責任を免ぜられ、更には不当労働行為制度の確立により、労働契約上の不利益な取扱からも救済されるようになったのである。そしてわが憲法は原則として労働者の争議権を保障しているのみでなく、何人も意に反する苦役に服させられることがない旨を宣言している。……憲法が右のような規定を設けている趣旨に徴すると、単純な同盟罷業即ち労働契約上の債務の集団的不履行に対し、刑罰をもつてのぞむことが許されるのは、単なる禁止や民事上の制裁に比べてより一層高度の、真にやむを得ない公益上の必要性が認められる場合に限られると解すべきものである。……公労法一七条が争議行為に対する刑事免責を剝奪しこれに違反する争議行為は単純な労務不提供であつても他の刑罰法規に該当する場合はこれによつて処罰する趣旨であると解するならば、

かかる解釈は憲法の精神に違反する疑なしとしない」とする基本的立場から、労組法一条二項の適用により郵便法七九条違反教唆被告事件を無罪としたのである。

こうして、この判決は、公労法一七条を合憲とするが、それは最高裁の判例にしたがつたまでである。そして、最高裁判例のまだなかつた一七条違反の効果について、みずからの見解を展開した。憲法が原則として争議権を保障していることから、その制約は「真にやむを得ない公益上の必要性」による最少限度のものでなければならぬという考えである。つまり、この判決も、論理の形式としては、違法性阻却論をとる。しかし、争議行為のうちとくに正当なものだけが例外的に違法性を阻却されるとはみていない。逆に、争議行為は原則として憲法上の保障をうけるのであるから、その例外的制約がどの程度まで合憲的に可能かを、具体的内容について検討していく、という態度をしめしているわけである。だが、その後の最高裁三・一五判決（国鉄増山丸事件、全通松江郵便局事件、最高裁第二小法廷38・3・15判、労働四八四）は、その基本的態度においてこれと異なるものであつた。「公共企業体等の職員は、争議行為を禁止され争議権自体を否定されている以上、その争議行為について正当性の限界如何を論ずる余地はなく、したがつて労働組合法一条二項の適用はないものと解するのが相当である」という見解をしめたのである。

つまり、三・一五判決によれば、可罰的違法性は、原則として外見的な構成要件該当性によつてあたえられる。それを阻却するためには、争議行為が、いかなる観点からみても合法でなければならぬ、ということになる。いいかえればこの判決は、外見上構成要件に該当する争議行為は原則として（刑法上）違法であり、それがどの程度まで阻却されるのか、という思考方法をとつている。そして、何らかの立法的制約をうける行為は、違法性を阻却しないと

考えたわけである。ここには、労働基本権保障のもとに、合憲的にどの程度まで争議行為の制約が可能かとの考察態度が、全くぬけおちているといつてよい。こうして、東京地裁との基本的差異は、実は争議行為を原則として正当とみるか否かの端的な事実に根ざしていると思われる。そしてこの最高裁における違法性阻却論は、前述檢察官的論理の一変形にほかならない。⁽¹⁾

(二) なお、三・一五判決についてわたくしの考えは、「最高裁の公労協二判決——国鉄檜山丸事件、全通松江郵便局事件——」(季刊労働法四八号)で報告した。参照していただければ幸いである。

五 結 論

以上、雑然としたが、本稿であきらかにしたかつたところを要約すれば、つぎのようなことである。

第一に、争議行為が文言上構成要件に該当してみえるにもかかわらず、これが正当だという価値判断に立つならば、違法性阻却論と構成要件該当性阻却論とは、いずれも無罪の結論をみちびく技術的通路となる。両者は同一の用語(構成要件該当性)により異なつた概念を表示し、異なつた論理の筋道をたどっているにすぎない。そして、ともかくも決定的にしりぞけられなければならないのは、争議行為が例外的場合にだけ、違法性ないし構成要件該当性を阻却されるという考え方である(長崎相互銀行事件からの結論。なお、それぞれの構成のはたしうる作用、その技術的優劣の問題については、前掲拙稿参照)。⁽²⁾

第二に、法が犯罪として予定しえない争議行為は、構成要件該当性を否定されておかしくない。⁽³⁾ このことは、こと争議行為の法的評価と刑事免責の論理

に争議行為を直接の処罰対象とする法規において、判例にその実例をみる（公務員法に関する判例）。

第三に、しかしまた、そのような法規の適用にあたり、憲法的考慮から、文言の記述的意味が解釈的に限定されなければならなかったということは、実はその規定が違憲だということを意味する（争議行為の遂行を「共謀し、そのかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた」の例、大阪教組事件判決の立場）。

第四に、一定の争議行為が、そのはたす作用の如何によつて、制約を合憲とする違法行為となり、あるいは制約を許さない適法行為になると考えられたとする。その場合、もしそれが原則的に違法であり、極めて稀な例外として適法になるというのであれば、禁止規定自体は合憲とみてよい。そしてあとは適用の問題となり、具体的事例について適用の違憲性如何を考慮すれば足りるだろう。しかし、そうでないかぎり、一律の禁止・処罰規定は違憲である。もしも一定の作用をはたす行為を禁止しようとするならば、行為を違法ならしめる条件を明確に規定する必要があるだろう（佐賀教組事件、大阪教組事件からの結論）。

第五に、争議行為禁止規定の違反については（規定自体の違憲性の問題は別としても）、その行為の刑法的違法性が問題になる。そして、争議行為が原則として正当だと考えるかぎり、その外見的な構成要件該当性によつて、刑法的違法性があたえられるとするわけにはいかない。憲法上、刑法的違法性をあたえること（刑事免責の剝奪）が許されるかを、別個に検討しなければならない。最高裁の三・一五判決には、違法性阻却論の論理の形式にかくされた、争議行為にたいする不当な法的評価が存在する（全通中郵事件第一審判決、最高裁三・一五判決からの結論）。

（一）最近においても、藤木英雄「判例における刑事免責の論理」（法律時報三六七）一七頁は、「事を違法性阻却の次元におい

て論ずるとすれば、構成要件に該当する行為について、積極的にその正当性を根拠づける事由が存する旨を論証しなければならないことになる」とされている。しかし、労働基本権の保障により、争議行為については、構成要件該当性による違法性の推定は破れているはずであろう。逆に争議行為の処罰を主張するものが、構成要件該当性のほか、さらに「積極的にその違法性、を根拠づける事由が存する旨を論証しなければならないことになる」と思う。

(二) たとえば、莊子邦雄・労働刑法（法律学全集四二）二八頁は、「市民刑法上の構成要件においては、市民刑法規範の上に立ち抽象的・一般的な違法の型を定立しているのであるから……構成要件該当性の問題は、市民刑法規範の予定する違法の型に該当するかどうかということであり、労働法独自の立場を主張することはできない……。……違法性判断の段階において始めて、市民刑法規範と労働法規範との交渉が展開され、労働法規範が市民刑法規範の解釈に影響を及ぼすことにより、争議行為の正当性を獲得する可能性を持つといえる。争議行為の正当性の問題は、違法性阻却事由ないし正当化事由として捉えられるべきである」とされる。

もとより右のような考えは、可能な一つの考え方ではあるが、その唯一の考え方ではないと思う。わが国の実定法は「刑法」その他であつて、「市民刑法」その他ではない。労働基本権の憲法的保障がなされている現段階においては、正当争議行為は刑法規範の一般的禁止の対象 \parallel 違法行為の定型からはずれてしまったと考えても差支えないであろう。なお、構成要件論と違法論との関連の歴史、および現段階における問題について、西原春夫「犯罪論における定型的思考の限界」（斎藤金作先生還暦祝賀論文集、一五九頁以下）参照。